

判例評釈

〔外国刑事判例研究〕

早稲田大学刑事法学会

配偶者間に認められる保障人的義務の終了時期

BGH, Urteil vom 24.07.2003—3 StR 153/03

萩 野 貴 史

【はじめに】

ドイツでは、保障人的義務の根拠および範囲という問題が、刑法典の「総則の解釈において最も議論されており、最もあいまいな問題」に属するとされている⁽¹⁾。この保障人的義務を、かねてより判例は、配偶者相互の関係において認めてきた⁽²⁾。このように配偶者間の保障人的義務自体は認められている中で、本件は、すでに別居状態にある場合に、一方配偶者が他方配偶者を保護する刑法上の保障人的義務を負うかという問題について、連邦通常裁判所がその立場を明らかにした事案である。以下、その内容についてみたく、若干の検討を加えておくことにする。

【事実の概要】

1996年6月に、被告人Sおよび共同被告人Mは、Sの元夫であるJの住居に侵入した。そして、Jの不在中に、Mが寝室で、Sが屋根裏部屋（Bodenraum）で、それぞれ火を放ち、家を完全に破壊せしめ、少なくとも30万ドイツマルクに及ぶ家屋の損害を生じさせた。

2001年1月に、Mは、自らの窃盗を告発されたことに対する憤りから、Sの夫であるWの首を意識不明になるまで絞め、拳で腹部を殴打した。Sは、このMの行為の約4週間前にWと別居しており、Mのもとにいた。Mのこの企図について、Sは、当該行為の少し前に知ったものの、事前にWに対して警告することもなく、また、Mの所為を防ごうとしなかった。

オルデンプルク地方裁判所は、以上の事実について、Mに対して重い放火および危険な傷害により有罪判決を下した一方で、Sに対しては、重い放火⁽⁴⁾、および危険な傷害に対する不作為による幫助を理由に有罪判決を下した。

なお、両被告人は、以上のほか、W に対する 2 度の謀殺未遂によっても訴追されていた。すなわち、1 度目は、1998 年 1 月に、動物殺害用の薬剤をグロッグ酒に混ぜて W に飲ませ、殺害しようとしたものの、W がグロッグ酒を塩辛く感じてすぐに吐き出したために結果が生じなかったとされていた。そして 2 度目は、2000 年 1 月に、M が調達した錠剤 (Mann Ecstasy-Tabletten) を用いて S が W の殺害を試みたものの、血液循環に問題が生じたにすぎなかったとされていた。これらの謀殺未遂については、M が公判においてその事実を認めたにもかかわらず、地方裁判所は、両被告人の間で W の謀殺の可能性について会話が交わされたにすぎない疑いを排除しえなかったため、無罪判決が下されている。

このような原審の判決に対して、被告人、検察官の双方が上告した。

【判旨】

以上の事実のうち、S が M の危険な傷害を不作為により幫助したという点について、連邦通常裁判所は、大要、次のように述べ、原判決を破棄し、差し戻した。

被告人 S が M の所為を防ぐよう努力した場合、あるいは S が夫に対して電話で警告した場合には、被告人 M の所為は、少なくとも困難になったであろうということが認められる。この点は、不作為による幫助を認めるに際して十分であるとしても、地方裁判所では、被害者のために行動する義務を負っているという点が明らかにされていない。

配偶者間の保障人的義務について、生活共同体が存続している場合、保障人として相互に保護する義務を負うことは、明白である。この保護義務は、民法典 1353 条の「婚姻上の生活共同体」から導き出されうる。また、この義務は、夫婦の住居から一方配偶者が引っ越したというだけで、すなわち単なる空間的な離別だけで終了することはない。というのも、家屋共同体 (häusliche Gemeinschaft) が欠如したからといって、それは、婚姻上の生活共同体が廃棄されたということをも、説得力をもって意味するものではないからである。

他方で、保障人的義務が婚姻関係の終了によってはじめて終了するというのであれば、それは刑法上の義務の過度の拡張を意味するであろう。配偶者のどちらも、事実上、自分の法益保護のために相手方が自分に助力するであろうということを信頼しておらず、信頼する契機さえももたない多様な生活様式が考えられる。

このような場合には、配偶者間の保障人的義務は、民法典 1353 条にその根拠を求めるとしても、認められえない。一方配偶者が、婚姻上の生活共同体を再び修

復することはないという確信をもって (in der ernsthaften Absicht)、他方配偶者と別居している場合には、配偶者間の刑法上の保障人的義務は終了している。

これは、「婚姻の挫折 (Scheitern der Ehe)⁽⁵⁾」に関して規定する民法典1353条2項および民法典1565条1項にも合致する。これらの規定によれば、婚姻関係は、配偶者の生活共同体がもはや存在せず、両配偶者がこれを修復することを期待しえない場合には、挫折している。そして、その場合、婚姻上の生活共同体の法的義務はもはや存在していない。このことを認めるのに、——民法典1566条を考慮しても——1年間の（空間的な）別居は必要ではない。民法典1566条は、1年間の別居を経なくとも「婚姻の挫折」を認めるということを妨げるものではない。婚姻の挫折によって、刑法上の保障人的義務も終了する。

本件では、婚姻上の生活共同体がもはや継続しないという確信がSの別居の基礎にあるということが可能であったがゆえに、これで保障人的義務もまた終了する可能性がある。他方で、Sが別居したのはMの行為のわずか前であるという点が、Sが婚姻の更なる展開をはっきりと認識しているという理由となる可能性も残されている。それゆえ、地方裁判所ではこの選択肢に関する十分な認定が欠けているのである。

【研究】

一 配偶者間に認められる保障人的義務

夫のために行動する保障人的義務が別居中の妻にいまだ認められるか、あるいは終了しているのかという問題は、配偶者間に保障人的義務が認められているそもその理由、すなわち保障人的義務の発生根拠の問題と密接な関係にあるといえよう。そこで、保障人的義務の終了時期をみるにあたり、配偶者間に認められる保障人的義務の発生根拠を併せてみておく必要があるものと思われる。

(1) 連邦通常裁判所 これまで、連邦通常裁判所が、配偶者間に認められる保障人的義務の発生根拠を問題としたものとして、本判決中において引用されている BGHSt 2, 150が挙げられる。同判決は、自殺を試みたため意識を失っている夫を発見し、そのまま放置した妻に保障人的義務が認められるかが問題となった事案である。

BGHSt 2, 150において、連邦通常裁判所はまず、ライヒ裁判所が「誠実命令 (Treuegebot) に支配された密接な生活共同体」に依拠して互いの保護のために助け合う義務を負うとしていた点を、婚姻上の生活共同体についても認めた⁽⁶⁾。この部分は、生活共同体が存在するということが、保障人的義務の発生根拠となっているように捉え得る。しかしながら、連邦通常裁判所は次いで、民法典1353条を掲げたうえで、「生命の危険において力の限り互いを保護し、助力する」⁽⁷⁾

法的義務を肯定している。この部分からは、民法典1353条が、保障人的義務の発生根拠となっているとも捉え得る。つまり、連邦通常裁判所が配偶者間の保障人的義務の発生根拠を、実質的なものに求めているとも、形式的なものに求めているとも言い難い状況であったといえる。

(2) 学説 このように配偶者間の保障人的義務の発生根拠について、連邦通常裁判所の判断に実質的なものと形式的なものとのがみられるという状況は、学説の対立状況とも類似している。

まず前提として、学説においても、配偶者が、少なくとも他方配偶者の生命や身体⁽⁸⁾の危険に際して原則的に相互に保護し、助力する義務を負っているという結論部分については、判例と同様、争われていない。対立がみられるのは、保障人的義務の発生根拠についてであり、本判決もまた、大別して学説の2つの立場を掲げた上で、その検討がなされている。

1つは、婚姻関係に基づく保障人的義務の発生根拠を、民法典1353条という形式的なものに求める立場である。民法典1353条は、「配偶者は、互いに婚姻上の生活共同体に関する義務を負」っており、「互いのために責任を担」っていると規定する。そして、同条は、婚姻上の生活共同体について義務付けの一般条項として、たとえば配偶者の自殺を防止したり、第三者に対する配偶者の犯罪行為⁽¹⁰⁾を阻止したりする義務までもが認められるものと解されている。

保障人的義務の発生根拠を法令・契約・先行行為・緊密な生活共同体といった形式的法義務に求めた上で、配偶者については民法典1353条がこの法令にあたるとする見解が、主としてこの立場に属することになる。

この立場は、保障人的義務の終了時期を、「共同体は実践されるべきなのであり、法的にはそれで十分である」として、原則的には生活共同体の事実上の存在⁽¹¹⁾を斟酌せずに決定する。すなわち、配偶者間に認められる保障人的義務の終了時期を、婚姻関係の解消、つまり民法典1564条2文による離婚判決の確定に定める⁽¹²⁾ことが一貫していることになる。

もう一方の立場は、保障人的義務の発生根拠を実質的なものに求める見解から主張される⁽¹³⁾。これに属する立場は、配偶者間に認められる保障人的義務についても、民法典1353条に依拠することなく、配偶者間に相互信頼関係や相互依存関係⁽¹⁴⁾が事実上認められることが重要であるとする。それゆえに、保障人的義務が終了するのは、これらの信頼関係や依存関係が消滅した場合と解することになる。

この後者の立場は、現在のドイツでは有力な立場となっており⁽¹⁵⁾、婚姻関係に基づく保障人的義務が民法典1353条から生じるという前者の立場に対して、同条は、保障人的義務を基礎付けるのではなく、保障人的義務が認められる保護関係⁽¹⁶⁾を形成する義務を基礎付けるにすぎないと批判する。また、時には一方当事者

が、離婚手続を遅らせることに利益を有することもあり、婚姻関係の迅速な解消を望む者に対して離婚判決の確定まで保障人として義務を負わせることは妥当でないといった、具体的な帰結に対する批判もみられる。⁽¹⁷⁾

二 本件の分析

（１）「中間的な見解」 前述の BGHSt 2, 150において、保障人的義務の終了時期に関連するのが、「少なくとも、どちらの当事者も別居する権利（das Recht zum Getrenntleben）を有しておらず、両当事者が……家屋共同体（Hausgemeinschaft）⁽¹⁸⁾において生活している限りは」法的義務が存在すると述べている部分である。ここでは、瑕疵のない婚姻関係が存在する状況のみを判断対象とした上で保障人的義務を認めており、このような状況にない場合に保障人的義務が終了するのかという点には触れていないといえる。換言すれば、別居が保障人的義務に影響を与えるか否か、ひいては別居状態において保障人的義務がいまだ認められるのかあるいは終了しているのかについては、判断を示していないといえるのである。⁽¹⁹⁾

本判決は、保障人的義務の発生根拠について、配偶者が民法典1353条によって互いに責任を担う場合に、「なぜこれが刑法上の考察に関しても原則的に妥当すべきことでないのかは明らかでない」として、配偶者間に認められる保障人的義務が民法典1353条を出発点とするものであることを明らかにした。

この保障人的義務の発生根拠からすると、判決中においても指摘されているように、たとえば一方配偶者が単に夫婦の住まいから引っ越したというだけで、保障人的義務が終了したものとはみなされえない。その一方で、配偶者間に認められる保障人的義務が、婚姻の終了——場合によっては、離婚判決の確定——によってはじめて終了するという帰結をもたらしうるように思われる。しかし、連邦通常裁判所は、その帰結が保障人的義務を正当化されえないほど過度に拡張するものであるとした。その際には、たとえば、長年にわたって別居している場合（この場合、時には、すでに他のパートナーと共同生活していることもある）や、著しい不和によって家庭内で別居している場合といった多様な生活様式が考慮されている。そのような考慮のもとで、「配偶者の一方が、婚姻上の生活共同体を再び回復することはないという確信をもって、他方配偶者と別居している場合」、すなわち婚姻関係が実質的に破綻している場合には、刑法上の保障人的義務が終了する、としたのである。⁽²⁰⁾

つまり、本判決は、保障人的義務の発生根拠として民法典1353条を出発点とした上で、その終了時期については明らかに実質的な考慮を採り入れている。本判決において、この見地は、配偶者間の保障人的義務の発生根拠に関する形式的な

立場と実質的な立場の「中間的な見解 (eine vermittelnde Betrachtung)」であり、また、前述の BGHSt 2, 150 の判決においてすでに構想立てられていたものとされている⁽²¹⁾。

(2) 民法上の「婚姻の挫折」との整合性 以上のような判断はさらに、本判決中において、民法上の「婚姻の挫折」とも整合するものとされている。

民法典において、この「婚姻の挫折」を規定するのは、1565 条である⁽²²⁾。同条において、「婚姻の挫折」は、唯一の離婚原因として、「配偶者間の生活共同体がもはや存在せず、かつ、配偶者がこれを回復することを期待し得ない」場合と規定されている。この「配偶者間の生活共同体」とは、婚姻関係の全体を意味すると解すべきであり、それゆえその判断にとっては第一次的に夫婦の精神的結びつきが重要となるとされている⁽²³⁾。したがって、「婚姻の挫折」とは、夫婦相互の内面生活が破綻して治癒不能と予測されるまでになっていることを意味するのである。

ただし、このような意味で捉えられた「婚姻の挫折」を立証することは多くの場合困難であり、夫婦の私的にして内密の領域が公開されてしまうきっかけとなる危険性を抱えている⁽²⁴⁾。このことを避けるために、前述の民法典 1565 条の場合に加え、民法典 1566 条において、夫婦が一定の期間別居したことを要件に、婚姻の挫折を反証不能の形で推定している⁽²⁵⁾。すなわち、1 つは、夫婦が 1 年前から別居していることに加えて、夫婦双方が離婚の申立をするか、または、申立の相手方が離婚に同意している場合であり、もう 1 つは、夫婦が 3 年前から別居している場合である。結局のところ、「婚姻の挫折」は、1565 条および 1566 条において 3 つの形で規定されていることになる。そして、それぞれが独立して離婚の申立を理由あるものにせしめるとされており⁽²⁶⁾、民法典 1353 条 2 項において、婚姻の挫折が存在する場合にはすでに、配偶者の一方による共同体の回復に関する請求に従う義務を負わないものとされている。

要するに、「配偶者間の生活共同体がもはや存在せず、かつ、配偶者が生活共同体を回復することを期待し得ない」場合には、1 年間の別居が存在しなくとも婚姻の挫折が認められ、結果として配偶者間に認められる義務を負わなくなるということになろう。

以上のような民法上の「婚姻の挫折」に関する評価に鑑みて、「一方配偶者が、婚姻上の生活共同体を再び回復することはないという確信をもって、他方配偶者と別居している場合」には、1 年の別居期間を経ずに保障人的義務が終了するものとした本判決の判断は、これと合致するものとされている。この点からすると、実質的な観点を採り入れたとはいえ、形式的法義務説と判例との決別を示す証拠として、本判決を引き合いに出すことは、なお困難であるといえよう⁽²⁷⁾。

三 おわりに

本稿において検討してきた連邦通常裁判所の判決は、婚姻関係が形式的（法的）に存続するとしても保障人的義務が存在するわけではないという立場を明らかにし、すでに別居状態にある場合について保障人的義務の存否に関する判断基準を示した点において興味深い。しかし、たとえば、共同生活を続けつつも夫婦の婚姻が破綻している状況について、具体的に保障人的義務が認められるのかあるいは終了しているのかという問題は、さらに検討を要する。また、上級裁判所（Obergericht）は、パートナーが（正式ではない）婚姻類似の生活共同体において共に生活をしている場合に保障人的義務を認めるか否か、認めるとすればそれはどの範囲か、ということもほとんど明らかにしていないとの指摘がなされている。⁽²⁸⁾ これらの問題をはじめとして、個別具体的な保障人的義務の終了時期という問題については、今後の判断が待たれるところである。

なお、保障人的義務の終了時期というこの問題は、前述のように保障人的義務の発生根拠と密接な関係にあり、学説においてはさらに、いわば発生根拠と表裏の問題として捉えられていると言ってよいように思われる。本件のような配偶者間の場合以外にも、たとえば親子間について保障人的義務の発生根拠を論じるにあたっては、その発生根拠が影響をもたらす一つの側面として留意する必要がある。

- (1) Thomas Rönau, Anmerkung zu BGH, JR 2004, S. 158.
- (2) z. B. RG 71, 187; BGH NSTZ 1984, 73. ここに掲げた判例以外のものについては、Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil 5. Aufl., 1996, S. 622参照。
- (3) BGHSt 48, 301. 邦語文献で本判決に言及するものとして、岩間康夫「夫婦間の保障人的義務——特に婚姻が破綻した場合における限界——」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』（成文堂、2006）309頁。
- (4) LG Oldenburg (Oldenburg), 27. Juni 2002, Az.: 133 Js 30865/01—6KLs 77/01, Urteil.
- (5) 「Scheitern der Ehe」の訳語については、D. シュヴァーブ（鈴木緑弥訳）『ドイツ家族法』（創文社、1986）157頁に拠った。なお、「婚姻の失敗」と訳すものや（たとえば、山田晟『ドイツ法律用語辞典改訂増補版』（大学書林、1993）551頁）、「婚姻の破綻」と訳すものもある（たとえば、青木道夫・有地亨編『新版注釈民法（21）親族（1）』（有斐閣、1989）371頁〔黒木三郎〕）。
- (6) BGHSt 2, 150, 153.
- (7) 民法典1353条は、次のように規定する。
 - (1) 婚姻は、終生にわたるものとして締結される。配偶者は、互いに婚姻上の生活共同体に関する義務を負う。配偶者は、互いのために責任を担う。
 - (2) 配偶者は、共同体の回復に関する他方配偶者の請求が権利の濫用である場合、又は婚姻が挫折している場合には、当該請求に従う義務を負わない。
- (8) Ralph Ingelfinger, Zeitliche Grenzen ehelicher Garantenpflichten —Eine Besprechung

- von BGH, Urteil vom 24. 7. 2003 -3 StR 153/03—, NStZ 2004, S. 411. Vgl. *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 2003, S. 726; *David Donner*, Die Zumutbarkeitsgrenzen der vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikte, 2007, S. 208.
- (9) z. B. *Gerd Geilen*, Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft, FamRZ 1961, S. 148; *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil 11. Aufl., 2003, S. 286; *Hans-Heinrich Jescheck*, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar 11. Aufl., 2003, § 13 Rn. 23. Auch vgl. *Günther Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil 2. Aufl., 1991, S. 823.
- (10) Vgl. *Anette Grünewald*, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, 2001, S. 36f.
- (11) *Jakobs*, a. a. O. (Anm. 9), S. 823. 同様の見解を採ると思われるものとして、たとえば、*Rolf Dietrich Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 342f. そのため、生活共同体が実質的に存在しないということは、せいぜいのところ刑の減輕理由となり得るにすぎないと主張する見解もある (*Jakobs*, a. a. O. (Anm. 9), S. 823.)。なお、共同体が事実上存在しない場合には、身体・生命・自由以外の法益に関する保障人的義務が否定されるべきである、と主張するものとして、*Jescheck*, a. a. O. (Anm. 9), § 13 Rn. 23.
- (12) Vgl. *Ingerfinger*, a. a. O. (Anm. 8), S. 409.
- (13) z. B. *Bernd Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 354ff.; *Hans-Joachim Rudolphi*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band I, 33. Lfg., 7. Aufl., 2000, § 13 Rn. 50; *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze 54. Aufl., 2006, S. 91.
- (14) z. B. *Rudolphi*, a. a. O. (Anm. 13), § 13 Rn. 50.
- (15) *Rönnau*, a. a. O. (Anm. 1), S. 158. 岩間・前掲注 (3) 319頁。
- (16) *Rudolphi*, a. a. O. (Anm. 13), § 13 Rn. 50.
- (17) *Ingelfinger*, a. a. O. (Anm. 8), S. 410.
- (18) BGHSt 2, 150, 153f.
- (19) もっとも、同判決では、配偶者が一緒に暮らしていたため、この点を判断する必要はなかったといえる。なお、連邦通常裁判所は、他方配偶者の犯罪を阻止する義務が存在するか否かが争われた事案に限れば、たとえば BGHSt 6, 322において、配偶者が別居状態にあり、婚姻関係が破綻している場合には法的義務を根拠付けないとしている。しかし、この判決については、相互の保護義務が問題となったものではなく、「異なる事例形態 (andere Fallgestaltungen)」であるとされている。Vgl. BGHSt 48, 301, 304.
- (20) なお、連邦通常裁判所が「確信」という一方配偶者の主観面を問題としたことについて、この一方配偶者の意図が、他方配偶者に認識されている必要があるという指摘がなされている。*Georg Freund*, Erlöschen strafrechtlicher Garantenpflichten bei Ehegatten, NJW 2003, S. 3385f.
- (21) BGHSt 48, 301, 304ff. ただし、結論においては、婚姻関係に基づく保障人的義務が事実上の関係から導かれるとする見解と広く一致することは本判決でも認められている。
- (22) 民法典1565条は、次のように規定する。
- (1) 婚姻が挫折した場合には、離婚することができる。配偶者間の生活共同体がもはや存在せず、かつ、配偶者がこれを回復することを期待し得ない場合には、婚姻は挫折している。

- （2） 配偶者が一年間の別居に至っていない場合には、他方配偶者の人格に存在する理由から、申し立てた者にとって婚姻の継続が要求し得ないほど厳しいときにのみ、離婚することができる。
- (23) D. シュヴァープ・前掲注（5）157頁。
- (24) ヘルムート・コロサー／ウルスラー・シュバイツァー（田村五郎訳）「ドイツにおける離婚法の発展」W. ミュラー・フライエンフェルス他（田村五郎編訳）『ドイツ現代家族法』（中央大学出版部、1993）192頁以下参照。
- (25) 民法典1566条は、次のように規定する。
 - （1） 配偶者が一年以上別居している場合で、かつ、配偶者の双方が離婚を申し立て、又は申立の相手方が離婚に同意した場合には、婚姻が挫折していることは、反証を許さずこれを推定する。
 - （2） 配偶者が三年以上別居している場合には、婚姻が挫折していることは、反証を許さずこれを推定する。
- (26) D. シュヴァープ・前掲注（5）159頁。
- (27) *Rönnau*, a. a. O. (Anm. 1), S. 159. なお、判例は次第に形式的法義務説から離れてきているという指摘がみられる。*Roxin*, a. a. O. (Anm. 8), S. 721f.
- (28) Vgl. *Rönnau*, a. a. O. (Anm. 1), S. 160.